

VU Research Portal

Mensenrechten begrensd

Cornelisse, G.N.

published in
Justitiële Verkenningen
2012

document version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)
Cornelisse, G. N. (2012). Mensenrechten begrensd. *Justitiële Verkenningen*, 2012(6), 52-67.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:
vuresearchportal.ub@vu.nl

Mensenrechten begrensd: detentie in het vreemdelingenrecht

*G. Cornelisse**

Onlangs uitte de Mensenrechtenraad van de Verenigde Naties (VN) kritiek op de praktijk van vreemdelingenbewaring in Nederland. Volgens leden van de raad wordt detentie als middel van handhaving in het immigratierecht te vaak toegepast en zoekt Nederland te weinig naar alternatieven voor de vrijheidsbeneming van vreemdelingen. Ook de wijze van tenuitvoerlegging van de bewaring riep vragen op. Verder deelde de raad de bezorgdheid van andere VN-organisaties, zoals het Comité voor het VN-antidiscriminatieverdrag en het Comité voor de Rechten van het Kind, over de situatie van gezinnen met kinderen die bij de indiening van een asielverzoek op AC Schiphol gedetineerd worden (zie Human Rights Council 2012a). Deze geluiden zullen de Nederlandse overheid niet hebben verrast: veel organisaties en instellingen, zowel op nationaal als op Europees en internationaal niveau, hebben de laatste jaren dezelfde knelpunten aangekaart.

De manier waarop een maatschappij omgaat met de rechten van ongewenste vreemdelingen maakt duidelijk in hoeverre de retoriek van universele rechten ook in praktische zin gestalte krijgt, nu deze individuen zich niet kunnen beroepen op burgerschap of gerelateerde concepten om hun rechten vis-à-vis de staat geldend te maken (zie Dembour & Kelly 2010). Ook van de rechten van gedetineerden kan worden gezegd – zij het volgens een andere logica – dat deze fungeren als een lakmoesproef voor de wijze waarop een maatschappij zich heeft verbonden aan mensenrechten. Gesloten instellingen zoals gevangenissen en detentiecentra illustreren namelijk bij uitstek de dilemma's bij het vinden van een balans tussen collectieve veiligheid en individuele rechten (Naylor 2008). Dat de rechtsstatelijke waarbor-

* Mr. dr. Galina Cornelisse is als universitair docent verbonden aan de afdeling Transnational Legal Studies van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit te Amsterdam. Veel van de argumenten in dit artikel zijn in meer detail uitgewerkt in eerdere publicaties, zie Cornelisse 2006, 2008, 2010, 2011a, 2011b.

gen die gekoppeld dienen te zijn aan de uitoefening van het geweldsmonopolie door de staat juist in de praktijk van de vreemdelingenbewaring niet ten volle functioneren, wordt misschien nog wel het beste geïllustreerd door de detentie van kinderen die asiel aanvragen op AC Schiphol. Daar wordt vrijheidsbeneming toegepast zonder dat er aan die maatregel een op het concrete geval toegespitste belangenafweging ten grondslag ligt. Het argument daarvoor luidt dat de minister het grensbewakingsbelang op geen andere wijze veilig zou kunnen stellen.

Ik zal in dit artikel drie aspecten van de praktijk van vrijheidsbeneming in het vreemdelingenrecht bespreken. Het gaat om die aspecten waar de belangrijkste kritiek van de afgelopen jaren zich op heeft toespitst: de noodzaak en evenredigheid van de bewaring, de tenuitvoerlegging ervan en de toepassing in het geval van (gezinnen met) kinderen. Daarna zal ik laten zien dat het mensenrechtendiscours – ondanks zijn universele pretenties – ook zekere lacunes kent als het gaat om de rechten van ongewenste migranten: ook in de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van Mens (EHRM) worden de mensenrechten van gedetineerde vreemdelingen niet afdoende beschermd. Vervolgens zal ik kort aandacht besteden aan de vraag of het ontluikende EU-recht op dit gebied beter in staat is om de mensenrechten van ongewenste migranten te beschermen.

Tenuitvoerlegging

Vreemdelingen aan wie geen verblijf in Nederland is toegestaan, kunnen met het oog op uitzetting in vreemdelingenbewaring worden gesteld. Binnen de vreemdelingenbewaring zijn twee groepen te onderscheiden: vreemdelingen die in Nederland worden aangehouden wegens illegaal verblijf en aan de grens geweigerde vreemdelingen. Bij die laatste categorie gaat het ook om asielzoekers die Nederland via Schiphol binnenkomen. Deze twee groepen vreemdelingen worden ingesloten op grond van respectievelijk artikel 59 en 6 van de Vreemdelingenwet 2000 (VW 2000). Jaarlijks worden er in totaal tussen de acht- en tienduizend vreemdelingen op grond van de VW 2000

gedetineerd (Amnesty International 2010).¹ Vreemdelingendetentie betreft een bestuursrechtelijke maatregel, die ertoe dient om de vreemdeling beschikbaar te houden voor zijn uitzetting, of om hem te beletten zich toegang te verschaffen tot Nederland.

Het regime van de vreemdelingenbewaring doet geen recht aan dat bestuursrechtelijke karakter, nu het grote overeenkomsten vertoont met de vrijheidsbeneming in het strafrecht. Soms gaat vreemdelingendetentie zelfs gepaard met grotere beperkingen dan een strafrechtelijke detentie. Dat is niet in overeenstemming met het zogenoemde beginsel van de minimale beperkingen: ingevolge artikel 15 van de Grondwet en artikel 5.4 van het Vreemdelingenbesluit (Vb) wordt de vreemdeling, bij de tenuitvoerlegging van de bewaring, niet verder beperkt in de uitoefening van grondrechten dan nodig is. In een onlangs verschenen rapport van het Europees Comité voor de Preventie van Foltering en Onmenselijke of Vernederende Behandeling of Bestrafing (CPT) wordt de tenuitvoerlegging van de bewaring in Nederland dan ook stevig bekritiseerd (CPT 2012, p. 29-38).

De grensdetentie ex artikel 6 VW 2000 vindt voor het overgrote deel plaats in Schiphol-Oost, alwaar het Reglement regime grenslogies (Rrg) van toepassing is. De vreemdelingenbewaring ex artikel 59 VW 2000 wordt ten uitvoer gelegd in detentiecentra die onder de Penitentiaire beginselenwet (PBW) vallen.² Er bestaan significante verschillen tussen beide regimes, waarbij het regime grenslogies minder beperkingen oplegt aan de gedetineerde dan het regime in de PBW. In 2007 sprak het CPT zijn verbazing overigens al uit over het feit dat de vreemdelingenbewaring in Nederland hetzelfde regime kent als de voorlopige hechtenis in het strafrecht. Het comité uitte zijn bezorgdheid over de gelijkenis tussen twee van elkaar te onderscheiden vormen van vrijheidsbeneming (CPT 2008). Ondanks enkele verbeteringen in het regime sindsdien blijft de minister nochtans vasthouden

1 De regering noemt een aantal van 6.100 mensen dat in 2011 in de vreemdelingenbewaring verbleef: in dit cijfer zijn de gevallen van grensdetentie niet meegenomen. Zie de antwoorden van minister Leers (IenA) en staatssecretaris Teeven (VenJ) op vragen van het Kamerlid Dibi (GL) over vreemdelingenbewaring met kenmerk 2012Z14940, 5 september 2012.

2 De vreemdelingenbewaring kan overigens ook in een politiecel ten uitvoer worden gelegd, maar het verblijf in een politiecel is in de jurisprudentie in duur beperkt. Zie ABRvS 7 oktober 2010, JV 2010, 461 en Rb. Haarlem 20 maart 2009, JV 2009, 197.

aan het regime van de PBW, met als enige verklaring daarvoor een verwijzing naar de ‘noodzakelijke beveiligings- en beheersmaatregelen’.³ Detentiecentra zijn ‘totale instituties’ – instellingen die nagenoeg alle aspecten van het leven van een persoon beheersen (Naylor 2008, p. 3).⁴ Dat maakt de implementatie van mensenrechten bijzonder urgent in deze instellingen, maar tegelijkertijd is de implementatie om diezelfde reden ook lastig (Cornelisse 2011c). Deze problematiek wordt bij uitstek geïllustreerd door de veelvuldige plaatsing van gedetineerde vreemdelingen in afzondering (Inspectie voor de Sanctietoepassing 2010, p. 45). Afzondering kan een sanctie op verbaal of fysiek geweld zijn, maar ook hongerstakers in vreemdelingenbewaring worden opgesloten in een kale isoleercel (Amnesty International 2010, p. 26; CPT 2012, p. 30). Ook het gebruik van vergaande dwangmiddelen, zoals visitatie na bezoek en het gebruik van handboeien bij het vervoer van de vreemdelingen, is veelal standaard, zonder dat overwegingen die op het individuele geval van toepassing zijn een rol spelen (CPT 2012, p. 30; Nationale ombudsman 2012, p. 25).

Kinderen

Een van de aanbevelingen van de VN-Mensenrechtenraad is dat Nederland alternatieven ontwikkelt voor de detentie van families met kinderen (Human Rights Council 2012a). Nederland reageerde daarop met de stelling dat die alternatieven al bestaan (zie Human Rights Council 2012b). Zoals we hieronder zullen zien, is dat echter maar ten dele het geval.

Volgens het beleid wordt de bewaring ex artikel 59 VW 2000 van gezinnen met kinderen zo veel mogelijk vermeden. Dat gebeurt ofwel door het opleggen van een vrijheidsbeperkende maatregel in plaats van een vrijheidsontnemende maatregel om het vertrek voor te bereiden, ofwel door te volstaan met het opleggen van een vrijheidsontnemende maatregel aan één ouder, indien er sprake is van een gezin met twee

3 Brief van de minister van Justitie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, 29 juni 2010, Kamerstukken II 2009/10, 19 637, nr. 1353.

4 Die totaliteit komt duidelijk naar voren in een (van de vele) voorbeeld(en) dat te vinden is in het rapport van Amnesty International van november 2010: een zwangere vrouw in detentie kon slechts geboeid haar gynaecoloog in het ziekenhuis bezoeken, en haar Nederlandse man mocht bij die bezoeken niet aanwezig zijn (Amnesty International 2010, p. 22).

ouders (Vreemdelingendecirculaire (Vc) A6/2.6).⁵ Vrijheidsontneming van het *gehele* gezin blijft beperkt tot die situaties waarin gedwongen vertrek op korte termijn kan worden gerealiseerd, waarbij de minister nog steeds dient te onderzoeken of een lichter middel volstaat.⁶ Dit is een adequate weerspiegeling van artikel 37 van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK), dat bepaalt dat de inhechtenisneming of gevangenneming van een kind slechts gehanteerd wordt als uiterste maatregel en voor de kortst mogelijke duur. Toch blijft het de vraag of dit beleid ook zijn weerslag vindt in de praktijk. Zo merkt het CPT op dat het gedurende zijn bezoek in oktober 2011 aan het Rotterdam Airport Detention Centre gezinnen met kinderen aantrof die daar al bijna twee maanden in vreemdelingenbewaring verbleven (CPT 2012, p. 31).

Opvallend is dat de minister geen alternatieven hoeft te overwegen bij het opleggen van grensdetentie op Schiphol aan mensen die aldaar een asielverzoek indienen, ook als het gaat om gezinnen met kinderen (Vc C1 2/2.3). Volgens de minister zou het opleggen van een minder dwingende maatregel, zoals een meldplicht, namelijk tot gevolg hebben dat feitelijk toegang tot Nederland wordt verkregen.⁷ De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) is het met de minister eens dat in beginsel steeds moet worden aangenomen dat het grensbewakingsbelang niet kan worden veiliggesteld door het opleggen van een minder dwingende maatregel.⁸ Dat de belangen van kinderen wel degelijk zijn betrokken in dit beleid zou volgens de ABRvS blijken uit het feit dat er wel een maximumduur is gesteld aan de vrijheidsbeneming van gezinnen met kinderen.⁹ Die mag na afwijzing van het asielverzoek niet langer dan twee weken voortduren.¹⁰

Volgens de ABRvS is het detineren van gezinnen in een omgeving die penitentiair van aard is en in het geheel niet afgestemd op de behoeften van minderjarigen,¹¹ gedurende een periode van enkele weken

5 Bij een eenoudergezin wordt de enige ouder wél gedetineerd: ABRvS 2 februari 2011, 201012831/1/V3, JV 2011, 124.

6 ABRvS 23 mei 2012, 201200146/1/V3 en 201200150/1/V3.

7 Brief van de minister van Justitie aan de Tweede Kamer, 11 juni 2010, Kamerstukken II 2009/10, 19 637, nr. 1351.

8 ABRvS 29 juni 2011, 201104031/1/V3.

9 ABRvS 18 mei 2010, 201003207/1 A/3.

10 Vc A6/2.7.

11 De Amsterdamse rechtbank heeft het AC Schiphol bezocht om zelf kennis te nemen van de detentieomstandigheden, die zij omschrijft als penitentiair. Zowel het gebouw als de omstandigheden zijn volgens de rechtbank niet passend voor het verblijf van minderjarigen. Zie Rb. Den Haag, zp Amsterdam, LJN BO1314, AWB 10/29208.

aldus aanvaardbaar, ook omdat de kinderen kunnen ‘terugvallen op de bescherming en de zorg van hun begeleiders’.¹² Het valt te betwijfelen of die begeleiders, gezien hun persoonlijke omstandigheden als gedetineerde asielzoekers, altijd in staat zullen zijn om toereikende zorg en bescherming aan hun kinderen te bieden. Afgezien daarvan is deze overweging misplaatst in de context van detentie, waar de formele verantwoordelijkheid voor de zorg en bescherming van het individu volledig bij de staat ligt.

Ultimum remedium

Volgens het laatste punt van kritiek op de vreemdelingenbewaring dat ik hier behandel, grijpt de staat te snel naar het middel van detentie, zonder de noodzaak ervan of alternatieven serieus te overwegen (zie bijvoorbeeld Human Rights Council 2012a; Amnesty International 2010; Nationale ombudsman 2012). Als reactie op dit punt benadrukt de regering dat vrijheidsbeneming in het vreemdelingenrecht in de praktijk wel degelijk als *ultimum remedium* wordt toegepast, zowel bij de oplegging ervan als bij de toetsing door de rechter (zie Human Rights Council 2012b, p. 9).¹³ Voor wat betreft de grensdetentie op Schiphol hebben we hierboven al gezien dat het *ultimum remedium*-karakter ervan ver te zoeken is. Zou de regering met haar uitspraken dan niet doelen op de vrijheidsbeneming ex artikel 6 VW 2000, maar slechts op de bewaring ex artikel 59 VW 2000? En wordt deze maatregel dan inderdaad pas toegepast als lichtere middelen niet volstaan? Volgens artikel 59 VW 2000 kan een onrechtmatig in Nederland verblijvende vreemdeling in bewaring worden gesteld indien dit in het belang is van de openbare orde. De Vreemdelingen-circulaire (Vc 2000) werkt het concept van de openbare orde verder uit: deze kan de bewaring bijvoorbeeld vorderen indien de vreemdeling (1) op illegale wijze Nederland is binnengekomen, (2) zich niet heeft gehouden aan zijn vertrektermijn of (3) geen vaste woon- of verblijfplaats en onvoldoende middelen van bestaan heeft. Veel van deze – niet-limitatieve – criteria zijn op illegale migranten en uitgeprocedeerde asielzoekers *ipso facto* van toepassing. Dat betekent dat bewaring in plaats van een

12 ABRvS 15 juli 2011, 201101403/1/V3, 201104794/1 A/3, 201105975/1/V3 en 201106097/1/V3.

13 Zie ook de antwoorden van minister Leers (IenA) en staatssecretaris Teeven (VenJ) op vragen van het Kamerlid Dibi (GL) over vreemdelingenbewaring, 5 september 2012.

specifieke, op het individu gerichte maatregel die in een proportionele verhouding dient te staan tot het doel dat ermee beoogd wordt, een instrument is dat expliciet gericht is op categorieën personen; de individuele omstandigheden van het geval spelen een ondergeschikte rol (Cornelisse 2008). Dit geldt zowel voor de beslissing om tot detentie over te gaan als voor de legitimering en toetsing van het gebruik van dit instrument. Zo oordeelde de ABRvS dat gronden voor detentie die vrijwel zonder uitzondering van toepassing zijn op iedere asielzoeker, door de minister wel degelijk zonder nadere motivering kunnen worden gebruikt ter onderbouwing van het vermoeden dat de vreemdeling zich in een concreet geval aan zijn uitzetting zal onttrekken.¹⁴ Wel dient in deze context te worden opgemerkt dat de regering een stap in de goede richting heeft gezet met het ontwikkelen van een viertal 'pilots' gericht op alternatieven voor vreemdelingendetentie. Deze worden gedurende 2012 in enkele tientallen zaken uitgevoerd en zullen in 2013 geëvalueerd worden.¹⁵ Verder heeft de Europese Terugkeerrichtlijn – waarover hieronder meer – een voorzichtige verschuiving veroorzaakt in de toetsing van de bewaring door de Nederlandse vreemdelingenrechter: de vreemdeling kan het vermoeden dat hij of zij zich aan toezicht zal onttrekken, weerleggen onder verwijzing naar zijn of haar specifieke omstandigheden.¹⁶

Overigens bepaalde het Hof in Straatsburg reeds in 1996 dat detentie ter fine van uitzetting niet redelijkerwijs noodzakelijk hoeft te zijn – bijvoorbeeld om te voorkomen dat de immigrant zou onderduiken – om verenigbaar te zijn met artikel 5 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Deze bepaling beoogt het recht op persoonlijke vrijheid te beschermen.¹⁷ In dat opzicht geeft artikel 5 EVRM gedetineerden onder het vreemdelingenrecht minder bescherming dan andere categorieën gedetineerden: in die gevallen houdt het EHRM strikt vast aan de hoofdregel dat detentie pas te rechtvaardigen is indien minder ingrijpende maatregelen onvoldoende zijn.¹⁸

14 ABRvS 22 januari 2008, JV 2008, 115. Zie ook ABRvS 11 januari 2008, JV 2008, 109.

15 Brief van de minister voor, 6 juli 2012, p. 3 en 4.

16 ABRvS 14 november 2011, 201107762/1/V3 en ABRvS 6 september 2012, 201207531/1/V3. Volgens ABRvS 28 april 2011, 201100194/1/V3 komt de minister nog steeds een ruime beoordelingsruimte toe.

17 EHRM 15 november 1996, Chahal t. VK.

18 EHRM 29 januari 2008, Saadi t. VK, par. 64.

Overwegingen van proportionaliteit gaan overigens wel een rol spelen bij de beoordeling van de duur van de vreemdelingenbewaring.¹⁹ De magere rechtmatigheidstoets die het Hof toepast op immigratiedetentie staat op gespannen voet met de algemene beginselen die ten grondslag liggen aan het EVRM en de idee van het soort rechten die zij beoogt te beschermen. De bijzondere status van die rechten maakt immers dat elke ingreep erop dient te worden beperkt tot het minimum.

Mensenrechten begrensd?

In tegenstelling tot de Nederlandse Staat doet het EHRM in ieder geval niet geheimzinnig over het feit dat het recht op vrijheid in de immigratiecontext wordt beheerst door een logica die afwijkt van de manier waarop het recht normaliter conflicten beslecht tussen het algemeen belang en individuele rechten. Over de redenen voor die afwijkende logica is het minder duidelijk. In *Batalov* bijvoorbeeld voerde de klager aan dat zijn detentie ter fine van uitzetting onrechtmatig was, aangezien deze gebaseerd was op redenen van nationale veiligheid die hem niet bekend waren. Het Hof merkt daar slechts het volgende over op:

‘Article 5(1)(f) does not afford a detained alien the right to contest the “proportionality” of the detention order, unlike other Convention issues, for example under Article 8(2) of the Convention.’²⁰

Het EHRM kwam het dichtst bij een verklaring in *Saadi*. In deze zaak, die draaide om de vrijheidsbeneming van een asielzoeker om zo een snelle en efficiënte beslissing op zijn asielverzoek te faciliteren, werd die maatregel door het Hof als een ‘noodzakelijke aanvulling’ op het ‘onmiskkenbare recht van controle’ van de soevereine staat aangemerkt.²¹ Het recht van de staat om de toegang en het verblijf van vreemdelingen te reguleren, wordt door het EHRM gezien als inherent aan zijn territoriale soevereiniteit.²²

19 EHRM 5 februari 2002, *Conka t. België*, par. 38 en EHRM 6 december 2007, *Liu en Liu t. Rusland*.

20 EHRM 15 november 2005, *Batalov t. Lithuania*.

21 EHRM 31 januari 2008, *Saadi t. VK*, par. 94.

22 Zie bijvoorbeeld EHRM 25 juni 1996, *Amuur t. Frankrijk*, par. 43 en EHRM 28 mei 1985, *Abdulaziz, Cabales en Balkandali t. VK*, par. 67-68.

Het verband tussen immigratie en noties van territoriale soevereiniteit wordt het meest expliciet gelegd door populistische politici die termen als invasie en bedreiging gebruiken om een meer restrictief immigratiebeleid te bepleiten. Maar ook meer geaccepteerde benaderingen, zoals die van beleidsmakers en rechters, laten zien dat het recht van de nationale staat om buitenlanders niet toe te laten of uit te zetten op grond van zijn territoriale soevereiniteit als zodanig niet betwist wordt. Deze manier van denken over migratie is herleidbaar tot de notie van de onschendbaarheid van territoriale grenzen in het klassieke internationale recht; een discours dat slechts de rechten en plichten van staten onderling in aanmerking nam, en waarin de belangen van het individu als zodanig geen enkele rol speelden. Een benadering van het soevereine recht om migratie te reguleren, dat zo direct geënt is op een juridisch discours dat de onschendbaarheid van territoriale grenzen als fundament neemt, kon alleen ontstaan als gevolg van een perceptie die de relatie tussen het individu en territorium als een statisch gegeven beschouwt en waarin ieder individu behoort tot een zeker, duidelijk begreemd deel van de aarde, de staat (Hindess 2000, p. 1486-1497). In een dergelijke manier van denken vormt internationale migratie een onmiskenbaar probleem voor zowel de territoriale staat als het internationale systeem gebaseerd op territorialiteit – een probleem dat derhalve moet worden voorkomen of opgelost door het gebruik van dwingende vormen van handhaving (Düvell 2004, p. 9). De cirkel is rond als bij de legitimering van het gebruik van die dwingende vormen van handhaving wordt teruggegrepen op het discours van het klassieke internationale recht. Het is dan bijna onvermijdelijk dat de belangen en de rechten van het individu die worden geraakt door het gebruik van die instrumenten, veelal een ondergeschikte rol spelen in die legitimiteitsvraag.

Proportionaliteit ‘light’?

Toch is het niet zo dat de belangen van migranten geheel onzichtbaar blijven in de jurisprudentie van het EHRM. Zo moet er een ‘nauw verband’ bestaan tussen de vrijheidsbeneming in het concrete geval en het doel van immigratiedetentie.²³ In een recente zaak lijkt het EHRM onder deze voorwaarde zelfs een bedekte proportionaliteitstoets uit te

23 EHRM 29 januari 2008, Saadi t. VK.

voeren: volgens het Hof ontbrak het verband tussen detentie en doel in het geval van de bewaring van een ernstig zieke vrouw omdat de autoriteiten geen minder ingrijpende maatregelen hadden overwogen.²⁴ Ook blijkt uit de jurisprudentie dat er sprake kan zijn van strijd met artikel 5 EVRM als er geen passende relatie bestaat tussen de grond van de vrijheidsbeneming enerzijds en de plaats en omstandigheden ervan anderzijds. In *Riad en Idiab* baseerde het EHRM zijn conclusie dat artikel 5 geschonden was mede op het feit dat de vreemdelingen gedurende langere tijd hun vrijheid was ontnomen op de transitzone van een vliegveld, zonder humanitaire of maatschappelijke bijstand.²⁵

Maar het meest in het oog springend zijn de uitspraken waarin het EHRM bepaalde dat de detentie van minderjarigen zonder rekening te houden met hun kwetsbare positie strijd oplevert met artikel 5.²⁶ Daarbij maakt het – anders dan in de jurisprudentie van de ABRvS – niet uit of de kinderen samen met een ouder gedetineerd worden. Op grond van recente jurisprudentie van het EHRM kan men zelfs concluderen dat het in het geval van kinderen niet langer gerechtvaardigd is om deze benadering als ‘proportionaliteit light’ te karakteriseren. Volgens het Hof is de detentie van een kind, zelfs in een centrum dat speciaal is bestemd voor families, strijdig met artikel 5 indien er geen rekening wordt gehouden met de individuele omstandigheden van het kind en de bewaring geen uiterste middel is.²⁷

EU-recht en detentie

Als gevolg van de Terugkeerrichtlijn (2008/115/EG), het instrument dat de terugkeer, uitzetting en detentie van niet-EU-burgers reguleert, kan het Hof van Justitie van de Europese Unie zich vanaf eind 2009 ook uitlaten over detentie in het kader van immigratieprocedures. Dat dit Hof hierbij een andere benadering zal kiezen dan Straatsburg ligt voor de hand. In artikel 15 van de richtlijn krijgen de lidstaten de bevoegdheid om derdelanders jegens wie een terugkeerprocedure loopt, te detineren om hun terugkeer voor te bereiden of om de verwijderingsprocedure uit te voeren, tenzij ‘in een bepaald geval afdoende,

24 EHRM 20 december 2011, *Yoh-Ekale Mwanje t. België*, par. 124 en 125.

25 EHRM 24 januari 2008, *Riad en Idiab t. België*, par. 77.

26 EHRM 12 oktober 2006, *Mubilanzila Mayeka en Kaniki Mitunga t. België* en EHRM

19 januari 2010, *Muskhadzhiyeva e.a. t. België*.

27 EHRM 19 januari 2012, *Popov t. Frankrijk*, par. 119.

maar minder dwingende maatregelen doeltreffend kunnen worden toegepast'. Het ontbreken van het *ultimum remedium*-karakter van de bewaring leidt derhalve direct tot schending van deze bepaling.²⁸ In El Dridi legt het Hof de werking van deze eisen nader uit. Ten eerste benadrukt het Hof dat de terugkeer van onrechtmatig op het grondgebied verblijvende migranten in eerste instantie met zo veel mogelijk vrijheid voor de betrokkenen moet worden bewerkstelligd: dat betekent in beginsel vrijwillige terugkeer. Indien er geen termijn voor vrijwillig vertrek toegekend is, of indien de betrokkene niet binnen de termijn aan zijn verplichting tot terugkeer heeft voldaan, is de staat op grond van de richtlijn verplicht om de nodige maatregelen te nemen om hem of haar toch te doen terugkeren. Daarbij mogen dwangmiddelen worden toegepast, zij het met inachtneming van het beginsel van evenredigheid en respect voor de mensenrechten. Alleen in het uiterste geval kan vrijheidsbeneming worden toegepast.²⁹

Het Hof in Luxemburg is natuurlijk gebonden aan de bewoordingen van de richtlijn. Maar ook afgezien daarvan lag het voor de hand dat het een andere benadering zou kiezen dan Straatsburg tot zover heeft gedaan. Luxemburg had in een reeks spraakmakende zaken, waarvan de meest recente het veel besproken Zambrano is, immers al laten zien dat het geen genoegen neemt met een enkele verwijzing naar 'het soevereine recht om de binnenkomst en het verblijf van vreemdelingen te reguleren' om uitzetting van derdelanders te rechtvaardigen of aan hen de toegang te weigeren.³⁰

Conclusie

'Societies committed to constitutionalism and values such as human dignity and equal respect must come to terms with how the irregular migrant fits within these frameworks – a process that demands involvement from courts and legislatures alike and a process that has only just begun.' (Rodriguez & Rubio-Marin 2011)

28 Zie ook de considerans van de richtlijn, onder 16. De rechter is bij de interpretatie van de richtlijn gebonden aan het Handvest van de Grondrechten, dat beperkingen op het recht op persoonlijke vrijheid slechts toestaat indien deze proportioneel en noodzakelijk zijn. Zie art. 6 en 52(1) Handvest.

29 Case C-61/11 PPU, El Dridi, 28 april 2011.

30 Zie zaak C-60/00, Carpenter, ECR [2002] I-6297, zaak C-459/99, MIRAX [2002] ECR I-6591, zaak C-503/03, Commission t. Spain [2006] ECR I-1097, zaak C-127/08, Metock, ECR [2008] I-6241 en zaak C-34/09, Zambrano.

De dominante perceptie van de relatie tussen het individu, de staat en zijn territorium zorgt ervoor dat detentie nog steeds wordt gezien als een vanzelfsprekend mechanisme van immigratiecontrole. Volgens de overheid maakt bewaring, evenals uitzetting, noodzakelijkerwijs deel uit van een 'geloofwaardig toelatingsbeleid'. In het juridische discours fungeert het concept van territoriale soevereiniteit vervolgens als troefkaart ten opzichte van de mensenrechten van immigranten, terwijl de onderliggende idee van mensenrechten nu juist tot het omgekeerde resultaat zou moeten leiden.³¹ Ook de jurisprudentie van het EHRM op dit gebied getuigt van een constitutionalisme dat, ondanks de lippendienst die wordt bewezen aan de universaliteit van de mensenrechten, ernstige problemen heeft met het beoordelen van aanspraken op individuele rechtvaardigheid die zich niet netjes voegen naar de territoriale soevereiniteit van de nationale staat. Een belangrijke uitzondering daarop vormen de rechten van kinderen: deze wijken in Straatsburg niet zonder meer voor het grensbewakingsbelang van de nationale staat. Bij ieder kind moet steeds rekening worden gehouden met zijn of haar individuele omstandigheden; en detentie dient in hun geval een *ultimum remedium* te zijn. In dat licht doet de Nederlandse overheid er goed aan om haar beleid van automatische detentie van asielzoekerskinderen op Schiphol te wijzigen.

Voor wat betreft de detentie van volwassenen ziet Luxemburg tot nu toe strenger toe op het *ultimum remedium*-karakter van die maatregel dan Straatsburg. De Terugkeerrichtlijn – een instrument dat voor zijn inwerkingtreding zowel binnen als buiten Europa sterk werd bekritiseerd – wordt tot nu toe door het Hof van Justitie aangegrepen om de rechtsbescherming van ongewenste migranten kracht bij te zetten. Zo wijst het Hof er in *El Dridi* op dat de Terugkeerrichtlijn een humane bejegening van migranten beoogt, waarbij er *altijd* een proportionele verhouding dient te bestaan tussen doel en middelen. Dat is precies waar het bij de bescherming van mensenrechten om gaat, en waar het bij de vreemdelingenbewaring in Nederland aan schort.

31 'Individual rights are political trumps held by individuals. Individuals have rights when, for some reason, a collective goal is not a sufficient justification for denying them what they wish, as individuals, to have or to do, or not a sufficient justification for imposing some loss or injury upon them' (Dworkin 1978, p. xi).

Literatuur

Agnew & Corbridge 1995

J. Agnew & S. Corbridge, *Masterying space. Hegemony, territory and international political economy*, Londen: Routledge 1995.

Amnesty International 2010

Amnesty International, *Vreemdelingendetentie: in strijd met de mensenrechten*, november 2010.

Cornelisse 2006

G. Cornelisse, 'Immigratiedetentie: Rechteloosheid en de moderne staat', *Nederlands Juristen Blad* 2006-81, p. 890-893.

Cornelisse 2008

G. Cornelisse, 'De valse noodzakelijkheid van immigratiedetentie: een agenda voor onderzoek', *Proces* 2008-3, p. 70-77.

Cornelisse 2010

G. Cornelisse, *Immigration detention and human rights: Rethinking territorial sovereignty*, Leiden/Boston: Brill 2010.

Cornelisse 2011a

G. Cornelisse, 'Case note: Case C-357/09 PPU, proceedings concerning Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov)', *Common Market Law Review* 2011-48.

Cornelisse 2011b

G. Cornelisse, 'A new articulation of human rights, or why the European Court of Human Rights should think beyond Westphalian sovereignty', in: T. Kelly & M.-B. Dembour (red.), *Are human rights for migrants?*, Londen: Routledge 2011, p. 99-119.

Cornelisse 2011c

G. Cornelisse, 'Handboeien en isoleercellen: over de gebrekkige implementatie van mensenrechten in vreemdelingenbewaring', *Ars Aequi* 2011-5, p. 339-344.

CPT 2008

CPT, *Report to the authorities of the Kingdom of the Netherlands on the visits carried out to the Kingdom in Europe, Aruba en the Netherlands Antilles by the European Commission for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) in June 2007* (CPT/Inf (2008)2), Straatsburg, 5 februari 2008.

CPT 2012

CPT, *Report to the Government of the Netherlands on the visit to the Netherlands carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 10 to 21 October 2011* (CPT/Inf (2012) 21), Straatsburg, 9 augustus 2012.

Dembour & Kelly 2011

M-B. Dembour & T. Kelly (red.), *Are human rights for migrants? Critical reflections on the status of irregular migrants in Europe and the United States*, Londen: Routledge 2011.

Düvell 2004

F. Düvell, *Illegal immigration: What to do about it?* (Working Paper, Working Group Migration-Mobility-Minorities-Membership, Florence, EUI/RSCAS), 2004.

Dworkin 1978

R. Dworkin, *Taking rights seriously*, Cambridge: Harvard University Press

Hindess 2000

B. Hindess, 'Citizenship in the international management of populations', *American Behavioral Scientist* (43) 2000-9, p. 1486-1497.

Human Rights Council 2012a

Human Rights Council, *Report of the Working Group on the Universal Periodic Review, Netherlands* (A/HRC/21/15), 9 juli 2012.

Human Rights Council 2012b

Human Rights Council, *Report of the Working Group on the Universal Periodic Review: Netherlands. Addendum Views on conclusions and/or recommendations, voluntary commitments and replies presented by the State under review* (A/HRC/21/15/add. 1), 19 september 2012.

Inspectie voor de Sanctietoepassing 2012

Inspectie voor de Sanctietoepassing, *De tenuitvoerlegging van de vreemdelingenbewaring*, september 2010.

Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel 2011

Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel, *Brief van de minister voor Immigratie, Integratie en Asiel aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal* (Kamerstukken II 2011/12, 19 637, nr. 1483), 22 december 2011.

Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel 2012

Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel, *Brief van de minister voor Immigratie, Integratie en Asiel aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal* (Kamerstukken II 2011/12, 19 637, nr. 1566), 6 juli 2012.

Nationale ombudsman 2012

Nationale ombudsman, *Vreemdelingenbewaring: strafregime of maatregel om uit te zetten; over respect voor mensenrechten bij vreemdelingenbewaring*, 7 augustus 2012.

Naylor 2008

B. Naylor, *Getting the balance right, protecting human rights in custodial settings* (paper presented at the Australian and New Zealand Society of Criminology Conference), Canberra, 2008.

NJCM 2010

NJCM, *De toepassing en tenuitvoerlegging van de vrijheidsontneming van vreemdelingen: knelpunten en aanbevelingen*, 3 november 2010.

Rodriguez & Rubio-Marin 2011

C. Rodriguez & R. Rubio-Marin, 'The constitutional status of irregular migrants: Testing the boundaries of human rights protection in Spain and the United States', in: M-B. Dembour & T. Kelly (red.), *Are human rights for migrants?*, Londen: Routledge 2011.